

**Sostegno scolastico: nemmeno l'Adunanza plenaria dice l'ultima parola sulla
giurisdizione (Considerazioni a margine della sentenza Cons. Stato, Ad. plen.,
12 aprile 2016, n.7)***

*di Federico Girelli – Professore aggregato di Diritto costituzionale, Università degli Studi
Niccolò Cusano - Telematica Roma*

ABSTRACT: The nature of fundamental right recognized to the right to education of the persons with disabilities does not exclude in itself the jurisdiction of the administrative courts in disputes relating to the recognition of the hours of special aid teaching. The Joint Chambers of the Supreme Court first affirmed the jurisdiction of ordinary courts, while the Plenary Assembly of the Council of State now states that the jurisdiction belongs to administrative courts. However, it is the peculiarity of the legal issue related to both the actions to have determined such results. Therefore, it is still possible to appeal ordinary courts in order to claim the law on the judicial protection of persons with disabilities who have been discriminated, or to stand before administrative courts, within their exclusive jurisdiction, in case of violation of the public services regulations.

SOMMARIO: 1. Le Sezioni unite, il PEI e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità. - 2. L'Adunanza plenaria e le «fasi antecedenti» la predisposizione del PEI. - 3. La cognizione «piena» del giudice amministrativo. - 4. Due fattispecie, due tutele. - 5. La cultura dell'inclusione scolastica.

1. Le Sezioni unite, il PEI e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità

Il Piano educativo individualizzato (PEI), come ben spiegato dalla Corte di Cassazione a Sezioni unite, è quel documento, «frutto anche del confronto» tra genitori e scuola, ove vengono specificate le esigenze dell'alunno con disabilità e, sulla base di queste, determinate le ore di sostegno a lui necessarie; il PEI, dunque, in vista della concreta attuazione del diritto all'istruzione di alunni e studenti disabili riveste un ruolo di «assoluta centralità»¹.

La Cassazione ha altresì statuito che, una volta redatto il PEI, si è in presenza di un «diritto [...] già pienamente conformato» a fruire delle ore di sostegno indicate, con esclusione pertanto di

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

¹ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.6.2 del *Considerato in diritto*.

qualsivoglia discrezionalità dell'amministrazione scolastica tesa eventualmente a ridurre gli interventi programmati a «salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile»².

Nel caso di specie la Suprema Corte ha sancito la giurisdizione del giudice ordinario³.

La vicenda aveva tratto origine da un primo ricorso promosso avanti al Tribunale di Udine, con il quale i genitori di una bambina affetta dalla sindrome di Angelmann avevano lamentato la condotta discriminatoria ex art. 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni) dell'Amministrazione scolastica, che aveva deciso di concedere un numero di ore di insegnamento di sostegno inferiore alle 25 settimanali indicate nel PEI.

Il Tribunale ordinò l'immediata cessazione della condotta discriminatoria e l'assegnazione quindi delle 25 ore settimanali con condanna al risarcimento del danno non patrimoniale e alle spese di lite.

In appello venne confermata la giurisdizione del giudice ordinario in quanto la legge n. 67/2006 ed il decreto legislativo n. 150/2011 affidano alla cognizione del tribunale ordinario le controversie in materia di discriminazione. Circa il merito, la Corte d'appello di Trieste «ha sottolineato» che nel PEI erano state assegnate 25 ore settimanali, mentre la bambina aveva goduto solo di 6 ore di sostegno, dapprima, e di 12 ore in un secondo momento; non solo, come tutti gli altri bambini la piccola avrebbe dovuto poter frequentare la scuola anche nel pomeriggio, atteso che il «diritto a non essere discriminato» va garantito anche nella scuola dell'infanzia a tenore dell'art. 12 della legge n. 104/1992⁴.

Il primo motivo di ricorso in Cassazione concerneva proprio la giurisdizione, che le Amministrazioni ricorrenti ancora una volta assumevano spettare al giudice amministrativo in quanto la posizione fatta valere dai genitori dell'interessata sarebbe stata di (mero) interesse legittimo e, in ogni modo, la materia del servizio del sostegno scolastico ricade nella giurisdizione esclusiva, appunto, del giudice amministrativo.

Questo motivo, come detto, non venne accolto (ed invero nemmeno gli altri due).

Al nodo della giurisdizione in particolare sono dedicate le considerazioni che seguono: la questione non pare infatti di poco conto poiché concerne la tutela da assicurare (in concreto) ad un diritto, quello all'istruzione delle persone con disabilità, espressamente qualificato dalla Corte costituzionale come diritto fondamentale⁵ e, come meglio si vedrà più avanti, ritenuto tale anche dai due Supremi Collegi, ordinario e amministrativo.

² Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.6.1 del *Considerato in diritto*.

³ Sul punto v. *infra* § 4.

⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.1 del *Ritenuto in fatto*.

⁵ V. Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80. Per la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione delle persone con disabilità v. C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Appendice di F. GIRELLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 73 ss. Su natura e regime giuridico dei diritti fondamentali v., da ultimo, V. BALDINI, "Che cosa è un diritto fondamentale". La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi, in www.gruppodipisa.it; A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, *ibidem*. Per la «equiparazione» fra diritti fondamentali e diritti inviolabili v. F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 85 s. Il nucleo essenziale del diritto in parola, dunque, resiste alla stessa revisione costituzionale e, in proiezione esterna all'ordinamento, va annoverato fra i cosiddetti «controlimiti», sulla operatività dei quali, da ultimo, v. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2016, 15/04/2016.

2. L'Adunanza plenaria e le «fasi antecedenti» la predisposizione del PEI

La questione della giurisdizione sulle controversie relative all'assegnazione delle ore di sostegno scolastico giunge ora avanti all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, infatti, investita dell'appello avverso la sentenza con cui il TAR Campania aveva declinato la propria giurisdizione in favore di quella del giudice ordinario⁶, ha rimesso all'Adunanza plenaria «la soluzione delle questioni relative, in via generale, ai criteri identificativi dell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie relative all'erogazione di pubblici servizi e, in particolare, all'estensione o meno della giurisdizione amministrativa anche alla fase di esecuzione del PEI»⁷.

In primo grado era stato richiesto l'annullamento del provvedimento del dirigente scolastico, adottato quando l'anno scolastico non era ancora iniziato (24 luglio 2014), con cui erano state assegnate un numero di ore settimanali di sostegno ritenute non adeguate alle esigenze dell'alunno⁸.

Il PEI, invero, è stato adottato solo in un momento successivo, quando il giudizio era già in corso, ed è stato depositato, assieme alla relazione a supporto del provvedimento impugnato, per ordine del giudice che per l'intanto accordava la tutela cautelare.

Una volta depositato il PEI, però, il TAR con sentenza resa in forma semplificata ha declinato, come detto, la propria giurisdizione, sull'assunto per cui in forza della richiamata sentenza delle Sezioni unite della Cassazione spetta alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle «controversie afferenti a una fase successiva all'adozione del PEI»⁹. Di qui l'appello e, in questa sede, la rimessione all'Adunanza plenaria della questione sulla giurisdizione.

Il Collegio preliminarmente si preoccupa di definire l'oggetto del giudizio ed in particolare il «contenuto delle domande formulate con il ricorso di primo grado» in quanto «con esclusivo riferimento» ad essi «dev'essere poi declinato il criterio di riparto della giurisdizione cristallizzato dalle Sezioni unite»¹⁰.

Dal vaglio del *petitum* di primo grado emerge allora che il ricorso non ha interessato il PEI, e men che meno atti diretti a darne esecuzione, bensì il provvedimento del dirigente scolastico (adottato prima ancora che iniziasse l'anno scolastico) con cui è stato assegnato un numero di ore di sostegno (undici) reputato «inadeguato rispetto alla gravità della patologia che affligge l'alunno

⁶ TAR Campania (Napoli, Sez. VIII) n. 370/2015.

⁷ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, Fatto. La Sesta Sezione si è espressa in questi termini: «il Collegio ritiene di rimettere all'Adunanza [...] la definizione dei parametri in base ai quali debba riconoscersi la giurisdizione del giudice amministrativo, per quanto qui interessa a norma dell'art. 133, comma 1, lettera c), Cod. proc. amm.; in particolare, si chiede di valutare se, in tema di sostegno scolastico, la giurisdizione del giudice amministrativo possa ritenersi piena, o, come avviene in linea di principio per altri settori (come quello dei contratti ad evidenza pubblica), limitata alla fase procedurale che si completa con la formazione del P.E.I., con devoluzione al giudice ordinario delle controversie riferite alla successiva fase esecutiva del Piano stesso» (Cons. Stato, Sez. VI, ord. 21 settembre 2015, n. 4374).

⁸ Per la specifica questione della rilevanza di un adeguato numero di ore di sostegno anche ai fini della valutazione finale dell'alunno con disabilità v. E. ZAMPETTI, *Commento a TAR. Lazio (Roma, Sez. III bis) n. 6011/2013*, in *Il Corriere del Merito*, n. 12/2013, 1217 ss.

⁹ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 2 del *Considerato in diritto*. Il TAR si è espresso in questi termini: «il Giudice regolatore della giurisdizione [...] ha affermato che a seguito dell'emissione del P.E.I. indicante le ore di sostegno scolastico necessarie all'alunno disabile (come è avvenuto nella fattispecie in esame) non residua spazio di apprezzamento discrezionale con conseguente devoluzione della controversia alla giurisdizione del G.O.» [TAR Campania (Napoli, Sez. VIII) n. 370/2015].

¹⁰ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 3 del *Considerato in diritto*.

interessato». Non solo, il ricorso era altresì volto ad ottenere «in astratto», per i successivi anni scolastici, il riconoscimento del diritto all'insegnamento di sostegno in conformità «agli esiti della valutazione assunta, di anno in anno, a fondamento del PEI»¹¹.

Entrambe le domande formulate avanti al TAR, quindi, concernono «fasi antecedenti» la predisposizione del PEI, pertanto «la questione [...] dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di servizio pubblico scolastico [...] anche alla fase esecutiva del PEI si rivela ininfluyente, ai fini della decisione dell'appello»¹².

L'Adunanza plenaria afferma che le controversie, come nella specie, «afferenti alla fase che precede la formalizzazione del PEI» ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che le Sezioni unite l'hanno esclusa (solo) per le controversie relative alla «fase di attuazione» del piano. In questa ipotesi, infatti, l'Amministrazione è «priva di qualsivoglia potestà che la autorizzi a ridimensionare il numero di ore di sostegno» fissato nel PEI e la mancata attuazione di quest'ultimo integra una discriminazione indiretta *ex art. 2* della L. 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), censurabile avanti al solo giudice ordinario «per espressa previsione legislativa».

Le argomentazioni della Cassazione, quindi, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure, «non risultano in alcun modo spendibili» per la fattispecie all'esame dell'Adunanza plenaria, che attiene invece alla «fase prodromica al PEI».

In questo caso, poi, «risulta inconfigurabile qualsivoglia profilo discriminatorio», poiché, precisa l'Adunanza plenaria, a detta della Cassazione, una condotta discriminatoria «appare ravvisabile solo nell'omessa, parziale o incompleta attuazione del piano»¹³.

Le Sezioni unite hanno dunque esaminato una «peculiare situazione»: fuori da questa ipotesi «l'ampiezza della latitudine della giurisdizione esclusiva amministrativa», quale emerge dal testo dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., «preclude qualsiasi esegesi riduttiva del perimetro della cognizione piena affidata al giudice amministrativ[o] in materia di pubblici servizi»¹⁴.

Così come già aveva ritenuto la Cassazione¹⁵, l'Adunanza plenaria ribadisce che la natura di diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva fatta valere, anche qualora si tratti di un diritto fondamentale, di per sé non consente di escludere la giurisdizione del giudice amministrativo; nel caso di specie, anzi, il Supremo Collegio amministrativo reputa «pacifica» tale qualificazione della posizione azionata.

Il Consiglio di Stato sul punto insiste: ricorda appunto che proprio le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato come in sede di giurisdizione esclusiva ben si possa conoscere dei diritti fondamentali e tiene a precisare che tale «capacità cognitiva» non comporta certo un *vulnus* alla loro «tutela giudiziaria», atteso che «chiaramente» al giudice amministrativo è stata riconosciuta «la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e

¹¹ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 3.1.1 e n. 3.2.2 del Diritto. Sul «concetto di disabilità grave» v., da ultimo, M. D'AMICO, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità grave. Osservazioni al D.D.L. A.S. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto "Dopo di noi"*, in www.osservatorioaic.it, n. 1/2016, 5/4/2016, 4 ss. Sulla valutazione da farsi «di anno in anno» v. *infra*, § 3.

¹² V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 3.3 e n. 4 del *Considerato in diritto*.

¹³ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ V. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.6 del *Considerato in diritto*.

conforme ai precetti costituzionali di riferimento (Corte cost., sentenza 27 aprile 2007, n.140), che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario»¹⁶.

Insomma, «evidentemente» l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materie significa «cognizione piena, [...] e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere»¹⁷.

L'esclusione della giurisdizione amministrativa sulla fase antecedente alla formazione del PEI si risolverebbe in una «interpretazione abrogans dell'ambito operativo dell'art.133, comma 1, lett. c), c.p.a.», che «impedirebbe alla disposizione attributiva della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici di produrre qualsivoglia, apprezzabile effetto» e che pertanto «dev'essere rifiutata».

In caso di gestione dei pubblici servizi che attengono alla salute e alla istruzione «il cittadino resta titolare di diritti costituzionalmente garantiti».

Ritenere, quindi, che i diritti fondamentali non possano essere conosciuti in sede di giurisdizione esclusiva significherebbe «ridurre entro ambiti inconsistenti» la «potestà cognitiva» del giudice amministrativo in queste cruciali materie e farebbe venir meno il senso stesso dell'attribuzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che consiste appunto nel «concentrare dinanzi ad una sola autorità giudiziaria [...] la cognizione piena» di tali controversie¹⁸.

Nel caso di specie dunque, in accoglimento dell'appello, va affermata la giurisdizione esclusiva amministrativa e annullata la sentenza che ha declinato la giurisdizione, ma va altresì rinviata la causa al TAR per l'esame del merito ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

3. La cognizione «piena» del giudice amministrativo

Sul delicato problema della giurisdizione sulle controversie in materia di assegnazione delle ore di sostegno agli alunni con disabilità, quindi, Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e Sezioni unite della Cassazione giungono (apparentemente) a conclusioni ben diverse, per non dire opposte.

Cassazione e Consiglio di Stato, s'è visto, concordano sul fatto che la natura di diritto fondamentale della situazione giuridica soggettiva azionata, di per sé, non basti ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo, eppure, poi, la prima ha sancito la giurisdizione del giudice ordinario, mentre il secondo quella del giudice amministrativo.

Se allora la tutela dei diritti fondamentali è data senz'altro dal giudice amministrativo, ed è data a cognizione «piena», è però anche vero che l'esercizio di pubblici poteri in funzione di «garanzia della loro integrità», soggetto appunto al sindacato del giudice amministrativo, è altresì volto «alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali»¹⁹.

¹⁶ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.5 del *Considerato in diritto*. Del resto anche Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.6 del *Considerato in diritto*, così si era espressa: «la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi: questi sono sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti».

¹⁹ V. Cons. Stato, Ad. plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.3 del *Considerato in diritto*.

In questo passaggio motivazionale in effetti il Consiglio di Stato riconosce una duplice funzione ai poteri pubblici che interessano i diritti fondamentali: una di garanzia/attuazione, l'altra di conformazione/delimitazione.

In fondo anche la Cassazione si era espressa in questo senso ed anzi aveva fatto anche esplicito riferimento al «limite delle risorse disponibili»²⁰, ma aveva poi statuito che «l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano»²¹, per poi concludere che la «redazione conclusiva del piano educativo individualizzato, il quale, accertando la misura in cui il servizio di sostegno è necessario per quel disabile, individua un nucleo indefettibile insuscettibile di riduzione o compressione in sede di determinazioni esecutive»²².

L'affermazione dell'Adunanza plenaria, forse, potrebbe essere anche intesa come indicativa di una *forma mentis* propria del giudice amministrativo, che lo renderebbe più sensibile del giudice ordinario rispetto agli interessi concorrenti con la posizione per cui è richiesta tutela.

Nondimeno, il punto di equilibrio già era stato individuato proprio dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2231/2010 della sesta sezione che diede tempestivo seguito a quanto deciso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 80/2010. In quest'occasione venne affermato che le ore di sostegno *possono, non debbono* coincidere con le ore di frequenza, poiché la quantificazione delle stesse va commisurata alle specifiche esigenze dell'alunno, in funzione della finalità di «perseguire al meglio l'obiettivo dell'integrazione del disabile nelle condizioni date», tanto che nemmeno possono essere determinate in astratto per gli anni successivi, «essendo previste [...] verifiche periodiche degli effetti degli interventi adottati per eventualmente modificarli in relazione alla loro efficacia ed alla evoluzione della patologia accertata»²³. Tutto ciò, sia chiaro, sull'assunto che, in base alla giurisprudenza costituzionale, il diritto fondamentale all'istruzione del disabile contempla «un "nucleo indefettibile" di garanzie», la cui salvaguardia può anche esigere l'assunzione di insegnanti di sostegno «in deroga»²⁴.

Insomma, il PEI va redatto ogni anno sia per soddisfare (integralmente, al meglio) i bisogni dell'alunno disabile, che nel tempo possono anche mutare, sia per evitare un inutile aggravio della spesa pubblica.

Il punto è che così come il giudice amministrativo compie il bilanciamento fra interessi contrapposti, anche il giudice ordinario a tale bilanciamento non può sottrarsi. L'idea che il giudice amministrativo per sua natura sia meno disponibile a offrire tutela, specie nei casi che presentino ricadute finanziarie, sembra, almeno per le ipotesi in esame, tutta da dimostrare, soprattutto se si pone mente alla conforme giurisprudenza dei TAR che è seguita appunto alla sentenza n. 2231/2010 del Consiglio di Stato e che annovera decisioni ove a volte il Ministero dell'Istruzione è stato anche

²⁰ V. *supra*, nota 15.

²¹ Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.7 del *Considerato in diritto*.

²² Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 4.1 del *Considerato in diritto*.

²³ V. Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231, n. 2.3 e 2.4 del *Considerato in diritto* (la decisione è commentata da F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave*, in *Giur. cost.*, 2010, 1831).

²⁴ V. Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231, n. 2.2 del *Considerato in diritto*.

condannato al risarcimento del danno e al pagamento delle spese di lite²⁵. Non solo, la Corte costituzionale, proprio con riferimento al «diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili», richiamando la storica sentenza n. 215/1987 e la n. 80/2010, ha così da ultimo statuito: «È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»²⁶.

Tale principio non potrà che orientare l'apprezzamento di tutti i giudici, ordinari o speciali che siano.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, anzi, in una decisione di poco precedente a quella della Consulta appena richiamata, anche sulla scorta della pregressa giurisprudenza costituzionale, ha chiaramente affermato come non vi sia «equivalenza degli interessi costituzionalmente riconosciuti», atteso il «primato» che il quadro normativo di riferimento assicura «all'interesse di sostegno del minore disabile»²⁷.

La giurisdizione in capo al giudice amministrativo, quindi, di per sé, non pare comporti un abbassamento di tutela: l'Adunanza plenaria, anzi, insiste sulla «pienezza» della cognizione del giudice amministrativo laddove sia chiamato a pronunciarsi in materia di diritti fondamentali²⁸.

Tale insistenza, invero, sembra proprio fare da contraltare alla statuizione per cui i poteri pubblici nel garantire tali diritti ne delimitano altresì la portata: rimarcare infatti come il giudizio venga svolto a cognizione «piena» pare indicativo dell'intento di valorizzare la funzione di controllo del giudice amministrativo sull'esercizio dei pubblici poteri²⁹.

Il sindacato del giudice amministrativo, quindi, non sembra offrire minori garanzie rispetto a quello del giudice ordinario. Del resto, la Corte costituzionale già nella sentenza n. 140/2007 «ha affermato [...] che nessun principio costituzionale qualifica il giudice ordinario come giudice naturale dei diritti fondamentali e che, pertanto, non v'è preclusione, almeno nelle materie esclusive, a che il giudice amministrativo possa conoscere anche dei diritti fondamentali [d]ella persona»³⁰.

²⁵ Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana di recente, reputando di non poter considerare di «(certo) riferimento» l'indirizzo giurisprudenziale seguito dal giudice di prime cure «ancorché molteplice e diffuso», nella specie ha ritenuto non adeguatamente provato il danno, ma ha comunque condannato l'Amministrazione alle «spese della fase», tenuto conto del «complessivo esito della lite»: C.G.A.R.S., 29 luglio 2016, n. 234. Resta in ogni modo fermo il monito di G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in *www.osservatorioaic*, n. 1/2016, 4 febbraio 2016, 7: «nel tempo della crisi economico-finanziaria, sono i diritti a essere in ultimo sopraffatti, offuscandosi, insieme a essi, un'altra parola cruciale del testo costituzionale italiano, quella di solidarietà». Per «un'effettiva tutela del diritto», del resto, «soprattutto in periodi di crisi per la congiuntura economica» determinanti sono «la quantità e l'allocatione delle risorse economiche»: cfr. L. VIOLINI, *Il diritto all'assistenza delle persone disabili*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 254.

²⁶ V. Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275.

²⁷ V. C.G.A.R.S., 26 settembre 2016, n. 330.

²⁸ V. *supra*, note 14, 16, 17 e 18.

²⁹ V. *supra*, nota 19.

³⁰ F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*, n. 1 – 2008.

4. *Due fattispecie, due tutele*

Chiarito allora l'«ambito della potestà giurisdizionale amministrativa», l'Adunanza plenaria tiene, poi, a ben distinguere la fattispecie al suo esame da quella già scrutinata dalle Sezioni unite³¹.

La *quaestio* sulla giurisdizione, scrutinata dalla Cassazione, concerneva il caso in cui il PEI con l'indicazione delle ore di sostegno necessarie già era stato redatto e l'Amministrazione aveva però poi assegnato un numero di ore inferiore.

L'Adunanza plenaria si preoccupa di ben delineare i contorni dell'oggetto del *petitum* formulato in primo grado davanti al TAR, onde poter precisare come la controversia attenga ad una assegnazione di ore ritenuta certamente non adeguata, ma comunque provvisoria e, soprattutto, effettuata prima della formulazione del PEI³².

Tale perimetrazione dei profili rilevanti «ai fini della decisione dell'appello» consente al Collegio di non affrontare il *thema* in verità posto dalla VI Sezione, ovvero la sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa anche nella fase di esecuzione del PEI³³.

Le due Supreme Corti, quindi, sono state chiamate a decidere sul punto della giurisdizione in relazione ad ipotesi non assimilabili fra loro, anzi diverse, si potrebbe dire.

Non è da escludersi che il Consiglio di Stato abbia voluto rimarcare questa diversità per evitare di assumere una posizione in proposito nell'ambito di una controversia che in effetti ha ad oggetto una fattispecie non sovrapponibile a quella conosciuta dalle Sezioni unite della Cassazione.

Forse l'Adunanza plenaria ha ritenuto che questa non fosse la sede, l'occasione giusta per un definitivo intervento chiarificatore, magari proprio in ragione della peculiare forza persuasiva tradizionalmente riconosciuta alle proprie decisioni e ulteriormente potenziata dall'art. 99 c.p.a. che impone alle singole sezioni, nel caso non intendano uniformarsi ad un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, di rimettere il ricorso a quest'ultima per la decisione³⁴.

Rischiare di incamminarsi su di un sentiero che avrebbe potuto condurre anche ad un eventuale contrasto con le Sezioni unite, nel momento in cui poteva (ancora) non essere strettamente necessario, probabilmente è parsa un'opzione poco utile sul piano, è il caso di dirlo, dell'economia processuale.

È, però, indubbio che i due Supremi Collegi abbiano adottato decisioni di segno diverso.

È stata la peculiarità delle fattispecie oggetto dei due giudizi ad aver determinato tali esiti.

La vicenda esaminata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, infatti, concerneva non il provvedimento del dirigente scolastico che, per ipotesi, assegna in via definitiva all'alunno un numero di ore inferiore a quelle indicate nel PEI, bensì, come detto, un provvedimento con cui il

³¹ A. M. GIAMPAOLINO, *Assegnazione dell'insegnante di sostegno alla classe frequentata dall'alunno disabile e riparto di giurisdizione: al giudice amministrativo le controversie sorte nella fase che precede la formalizzazione del piano educativo individuale*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, n. 4/2016, § 1: «In buona sostanza, l'Adunanza Plenaria definisce in positivo i confini della giurisdizione esclusiva in materia di servizio pubblico "istruzione" attraverso la tecnica del *distinguishing*, che le permette di sottrarsi alla statuizione della Corte di cassazione, dichiarando che il caso concreto al suo esame non presenta lo stesso oggetto».

³² V. *supra*, § 2.

³³ V. *supra*, § 2.

³⁴ Sul punto v. M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in *www.osservatorioaic.it*, n.1/2015, marzo 2015, 7, e, da ultimo, G. RICCI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in funzione nomofilattica: il caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, con presentazione di G. COSTANTINO, Roma TrE-Press, Roma, 2016, 499 ss.

dirigente, prima ancora dell'inizio dell'anno scolastico (fine luglio) e, soprattutto, prima ancora che venisse redatto il PEI, aveva riconosciuto un numero di ore di sostegno reputato non adeguato: lo scrutinio del Consiglio di Stato si è appuntato, quindi, su questa «fase che precede la formalizzazione del PEI» e non in quella esecutiva del Piano medesimo.

Le Sezioni unite della Cassazione, invece, si sono pronunciate nell'ambito di un giudizio instaurato, sin dal primo grado, ai sensi della legge n. 67/2006 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni).

La decisione della Cassazione, quindi, appariva «obbligata», in quanto è la legge stessa che, nel disciplinare le ipotesi di discriminazione «diretta» e «indiretta», sancisce inequivocabilmente la giurisdizione del giudice ordinario.

Sulla base di tale sentenza, quindi, non sembra potersi affermare che il giudice amministrativo sia stato spogliato della propria giurisdizione in materia.

La legge n. 67/2006 garantisce, infatti, una tutela ulteriore³⁵, che si affianca a quella resa da tempo dalla ormai consolidata giurisprudenza amministrativa.

Si sarebbe potuto revocare in dubbio la sussistenza di questa duplice tutela semmai in una ipotesi diversa.

Se, infatti, la cognizione del giudice ordinario fosse stata affermata dalla Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione all'esito di un giudizio *ex art. 133*, comma 1, lett. c), c.p.a., incardinato quindi sin dal primo grado avanti al giudice amministrativo³⁶, in tal caso un'eventuale pronuncia a sezioni unite avrebbe senz'altro consentito persino di escludere la permanenza in capo al giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie in materia di assegnazione delle ore di sostegno; ma, come detto, tutto ciò non è accaduto, in quanto sin dal primo grado i genitori della bambina interessata hanno chiesto al Tribunale civile l'applicazione della legge n. 67/2006.

Il punto è che, stante la diversità delle due fattispecie, la «sentenza dell'Adunanza plenaria nulla aggiunge o toglie a quanto era stato stabilito dalle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 25011/14»³⁷.

Insomma, ancorché siano intervenuti i due Supremi Collegi, ordinario e amministrativo, l'ultima parola sul problema della giurisdizione non è stata ancora detta e rimane quindi ad oggi percorribile un «doppio binario» per ottenere tutela³⁸.

È, dunque, tuttora possibile adire il giudice ordinario, invocando l'applicazione della legge n. 67/2006, oppure il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva in materia di servizi

³⁵ Sul punto S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012, 263.

³⁶ Per la ricostruzione teorica della *quaestio* sulla giurisdizione v. G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2009.

³⁷ V. http://aipd.it/aipd_scuola/ (scheda n. 522 di S. NOCERA).

³⁸ Reputano, invece, che la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 25011/2014 abbia ormai sancito definitivamente la giurisdizione del giudice ordinario A. AMOROSO, *Il "ritorno a casa" delle controversie sul sostegno scolastico*, in www.questionegiustizia.it (29 gennaio 2015) e E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, I, 964 s., mentre F. MARCELLINO, *Il riparto di giurisdizione, tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo, con riguardo all'insegnamento specializzato per il sostegno* [<http://www.studiolegalemarcellino.it/attachments/article/398/Il%20riparto%20di%20giurisdizione,%20tra%20Giudice%20Ordinario%20e%20Giudice%20Amministrativo.pdf> (4 aprile 2016)] ritiene tuttora radicata la sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione delle complesse questioni implicate dal sostegno scolastico.

pubblici, sulla scorta della consolidata giurisprudenza amministrativa che, invero, ha ormai da tempo assicurato piena tutela agli alunni con disabilità³⁹.

Spetta, quindi, agli interessati la scelta circa il giudice (ordinario o amministrativo) cui rivolgersi.

Visto che l'ordinamento, allo stato, consente non una, ma ben due vie di tutela, non si vede ragione di rinunciare all'una in favore dell'altra, propugnando la giurisdizione in capo al solo giudice amministrativo ovvero al solo giudice ordinario: la pluralità di giurisdizioni, infatti, è contemplata «al fine di assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, non già con il rischio di compromettere la possibilità stessa che a tale domanda sia data risposta»⁴⁰.

5. La cultura dell'inclusione scolastica

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, peraltro, proprio in base alle statuizioni dell'Adunanza plenaria, ha di recente confermato la giurisdizione del giudice amministrativo ed ha precisato come la fattispecie esaminata dalle Sezioni unite fosse «del tutto diversa» e «riservata alla giurisdizione ordinaria» direttamente dalla legge.

Il Consiglio ha evidenziato che il PEI, in realtà, «non acquista mai definitiva stabilità» in quanto è soggetto a periodiche «verifiche»⁴¹; tale monitoraggio, in effetti, è volto alla miglior soddisfazione delle «effettive esigenze» dell'alunno con disabilità, fra le quali primaria importanza assume l'integrazione «coi compagni e nei programmi della classe»⁴².

A tal proposito giova ribadire come, nella logica del dato positivo, l'insegnante di sostegno non viene attribuito al singolo alunno con disabilità quasi fosse un suo personale precettore, bensì viene assegnato «alla classe», di cui appunto assume la contitolarità⁴³.

L'insegnante di sostegno ha il delicato compito di supportare l'alunno con disabilità, i suoi compagni ed i *suoi* docenti curricolari nella non facile (ma doverosa) opera di inclusione, che ha quale presupposto il fatto che *tutti* gli alunni della classe abbiano *gli stessi docenti*.

³⁹ Ad avviso di A. M. GIAMPAOLINO, *Assegnazione dell'insegnante di sostegno alla classe frequentata dall'alunno disabile e riparto di giurisdizione: al giudice amministrativo le controversie sorte nella fase che precede la formalizzazione del piano educativo individuale*, cit., § 5.2: «la concreta "portata" delle diverse giurisdizioni sembra, in definitiva, dipendere dai poteri del giudice nell'interpretazione della domanda proposta». Poiché, com'è evidente, specie nelle ipotesi che ci occupano la tutela offerta è tanto più efficace quanto più è tempestiva, non può sottacersi come anche recenti interventi normativi siano emblematici della tendenza del legislatore a «rendere sempre più difficoltoso l'accesso alla giustizia in generale»: v. A. M. NICO, *Il legislatore non "ascolta" le Corti: considerazioni a margine delle recenti modifiche alla legge "Pinto"*, in www.osservatorioaic.it, n. 2/2016, 8 maggio 2016.

⁴⁰ F. BILE, *La giustizia*, in *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, a cura di M. Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 148.

⁴¹ V. C.G.A.R.S., 29 luglio 2016, n. 234, cit., *supra*, nota 25.

⁴² V. http://aipd.it/aipd_scuola/ (scheda n. 383 di S. NOCERA).

⁴³ Lo evidenzia già nel titolo del suo lavoro A. M. GIAMPAOLINO, *Assegnazione dell'insegnante di sostegno alla classe frequentata dall'alunno disabile e riparto di giurisdizione: al giudice amministrativo le controversie sorte nella fase che precede la formalizzazione del piano educativo individuale*, cit.; sul punto v. anche L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2015, 27/11/2015, 12 s. Per la ricostruzione della normativa in materia anche con riferimento agli alunni con BES e DSA v. F. MAGNI, *L'integrazione scolastica delle persone con disabilità, disturbi specifici di apprendimento (DSA) e bisogni educativi speciali (BES). Framework normativo e giurisprudenziale aggiornato*, in *Nuova Secondaria Ricerca*, n. 9, maggio 2015, 22 ss.

In questo senso, anzi, va ricordato che ora la L. 13 luglio 2015, n. 107 (Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti), cosiddetta “Buona Scuola”, all’art. 1, comma 124, prevede che «la formazione in servizio dei docenti di ruolo è obbligatoria, permanente e strutturale» e che la Nota ministeriale del 15 settembre 2016, prot. n. 2915, con cui vengono anticipati alcuni contenuti del «Piano Nazionale per la Formazione», individua tra le «priorità della formazione» anche interventi in tema di «Inclusione e disabilità»⁴⁴. Inoltre, l’«Atto di indirizzo», adottato dal Ministro il 23 dicembre 2016, «concernente l’individuazione delle priorità politiche del Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca per l’anno 2017» indica, tra le altre, la «*Priorità politica 2 - Inclusione scolastica: per un’offerta formativa personalizzata ed inclusiva*»⁴⁵.

Sembra, allora, di poter intravedere una linea di continuità fra questi ultimi interventi e la Direttiva Ministeriale del 27 dicembre 2012 intitolata «Strumenti d’intervento per alunni con bisogni educativi speciali e organizzazione territoriale per l’inclusione scolastica», ove *in apicibus* si afferma: «Va [...] potenziata la cultura dell’inclusione, e ciò anche mediante un approfondimento delle relative competenze degli insegnanti curricolari, finalizzata ad una più stretta interazione tra tutte le componenti della comunità educante».

Eppure, ferma anche la chiara lettera dell’art. 34 Cost., per cui «La scuola è aperta a tutti»⁴⁶, resta (non solo) sullo sfondo un amaro interrogativo: è possibile che per andare a scuola sia necessario, quale che sia, andare da un giudice?

⁴⁴ V. <http://www.istruzione.it/allegati/2016/prot2915.pdf>. Sulla formazione degli insegnanti nella peculiare prospettiva del diritto costituzionale v. G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in www.federalismi.it, n. 13/2014, 25 giugno 2014. Sul «sistema dell’istruzione repubblicana» v. G. FONTANA, *Art. 33*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, 686 ss.

⁴⁵ V. http://www.istruzione.it/allegati/2016/Atto_d'indirizzo_2017.PDF.

⁴⁶ Sul primo comma dell’art. 34 Cost., quale «norma cardine della disposizione», v. A. POGGI, *Art. 34*, in in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. I, 704 ss.